

## A fiança e a nova legislação de proteção ao consumidor

LUIZ OTÁVIO DE OLIVEIRA ROCHA  
Promotor de Justiça — SP

### 1. Introdução

A fiança criminal é instituto que remonta à antiguidade, tendo os gregos e romanos dela se ocupado (A Lei das XII Tábuas dela cuidou amiúde, cf. Prof. José Roberto Baraúna)<sup>(1)</sup>. No Direito Brasileiro, manifestou-se o instituto não apenas nas Ordenações do Reino e na Constituição Imperial, mas também no Código de Processo Criminal de 1832 e outras leis processuais do século passado e, neste século, a ela se referiram todas as Constituições da República, exceção feita a Carta de 1937.

### 2. Conceito — Natureza

O instituto processual da fiança é classificado pela lei como variedade da liberdade provisória (é o que se conclui da denominação do Capítulo VI do Título IX do Livro I do Código de Proc. Penal: "DA LIBERDADE PROVISÓRIA, COM OU SEM FIANÇA").

Desde logo, observamos que a denominação "Liberdade Provisória" é alvo de sérias críticas na doutrina. Ora é chamada de *custódia*, para diferenciá-la da prisão decorrente de sentença que aplica pena, cf. João Mendes Jr.<sup>(2)</sup>, ora de "contracautela", quando decorrente de fiança, segundo o Prof. José Frederico Marques ou, ainda, de "cautela originária" quando referente a réu solto, cf. Romeu Pires de Campos Barros,<sup>(3)</sup> e, bem recentemente, de *liberdade vinculada*, conforme sugerido por Antônio Scarance Fernandes<sup>(4)</sup>.

A nosso ver, essas denominações não atendem à necessidade de bem indicar a natureza do instituto. A denominação "custódia", como sinônimo de "vigilância", somente seria adequada para denominar as hipóteses em que a liberdade provisória é deferida com restrições. A "contracautela" ou "cautela" sugere institutos de outro ramo do Direito, nada obstante tenha sido prescrita<sup>(5)</sup> com significado antagônico ao

caráter cautelar em que se funda a prisão provisória. "Liberdade vinculada", em razão dos "ônus processuais, de maior ou menor profundidade, que, se descumpridos, podem fazer cessar o estado de liberdade, vindo a ser determinada a prisão", como defendida pelo i. Dr. Antônio Scarance Fernandes<sup>(6)</sup> também não nos parece ser a melhor denominação, conquanto a vinculação do agente ao processo existe sempre, de forma independente da perspectiva de prisão — afinal, há hipóteses em que ele se livra solto —, e se dá por diversos outros mecanismos, tais como o risco da declaração da revelia, a não concessão imediata do *sursis* (nos crimes em que haja previsão de pena corporal), a maior probabilidade de condenação pelo não exercício pleno das prerrogativas de defesa, etc.

A nosso ver, a denominação que melhormente se adaptaria ao instituto, tal como o vemos nos dias de hoje, é a de "liberdade processual condicionada", — diferenciada da "liberdade condicional", benefício de execução da pena —, eis que a liberdade provisória, com ou sem fiança, não subsiste sem a observância pelo beneficiado de determinadas condições, mais ou menos rígidas.

### 3. A liberdade provisória e a prisão provisória

Não se olvida que o instituto da liberdade provisória, com ou sem fiança, persiste no ordenamento jurídico por representar o mecanismo mais adequado ao abrandamento da prisão provisória, que igualmente se entende necessária quando é bastante palpável a perspectiva de condenação.

A evolução humanística do Direito, gradativamente levou à consolidação do postulado segundo o qual a prisão provisória deve ser adotada somente como medida excepcional, já que o encarceramento do indivíduo sem correspondência à sanção estabelecida fere o basilar direito à liberdade de locomoção.

Houve, porém, um momento, no crepitar das transformações político-jurídicas deflagradas pela Revolução Francesa, em que se chegou a afirmar a incompatibilidade da prisão provisória com a necessidade de se impor ao Estado limites estreitos nas suas relações com os governados, retomando essa afirmação os positivistas do século XIX.

Mas, como lembra Hélio Tornaghi<sup>(7)</sup>, já está superada a discussão a respeito da legitimidade da prisão preventiva. "Os argumentos levantados contra o instituto no século passado (a injustiça, a desgraça da família, a vulneração da presunção de inocência, a inconveniência mesma da medida) cederam diante da correta colocação do problema, que mostra ser legítima e oportuna a medida, conquanto se aconselhe a máxima prudência em seu uso, restrito aos casos absolutamente necessários".

Efetivamente, o principal aspecto da prisão provisória parece ser o da necessidade de sua aplicação a determinados casos. É este aspecto bem explorado por Hélio Tornaghi<sup>(8)</sup>, que menciona ter a prisão em flagrante efeito triplíce: a exemplaridade, a segurança e o prestígio da ordem pública. Segundo Tornaghi, o aspecto da necessidade deve marcar o ponto de equilíbrio entre o direito à liberdade do réu e o interesse social de realização da justiça.

E daí surge a necessidade de, em contraposição a esses critérios, estabelecer-se outros voltados a amenizar o rigor da prisão provisória, redundando dessa necessidade o antagonismo entre os institutos (a presença dos pressupostos autorizadores da "prisão preventiva" impede a liberdade provisória, com ou sem fiança, ex vi do artigo 324, inciso IV, do Código de Processo Penal).

#### 4. Alterações legislativas no sistema da prisão e da liberdade provisórias

O sistema processual penal brasileiro, particularmente no que toca à prisão e liberdade processuais, vem sofrendo alterações contínuas no curso das últimas cinco décadas.

No Código de 1941, os critérios principais que levavam à decretação da prisão provisória eram a **gravidade do crime** (era obrigatória, nos termos do artigo 312, para os crimes punidos com pena máxima igual ou superior a dez anos) e **sua afiançabilidade ou não** (quando afiançáveis os crimes, a decretação era facultativa).

Com o advento da Lei n.º 5.349, de 1967, a prisão preventiva tornou-se facultativa em todos os casos, extinguindo-se o critério da gravidade da infração (pena máxima igual ou superior a dez anos). Manteve-se o critério da inafiançabilidade como norteador da conveniência da decretação da medida e ainda privilegiou-se a necessidade de decretação da prisão “para assegurar as provas e a punição, bem como a ordem pública” (arts. 313 e 312, na redação da Lei n.º 5.349/67), com base no **periculum in mora**.

A alteração mais significativa, que, aliás, instaurou período de dificuldades quase invencíveis na aplicação do instituto da fiança, foi introduzida pela Lei n.º 6.416, de 1977, que, prestigiando o requisito do **periculum in mora** (que se extrai do art. 312, redação atual), abandonou o critério da afiançabilidade como norteador da conveniência da medida, adotando o critério exclusivo da gravidade da infração (o requisito do **fumus boni iuris** está previsto no art. 312 do CPC, na parte que alude a “prova da existência do crime e indícios suficientes de autoria”).

Segundo Tourinho Filho<sup>(9)</sup>, a inserção de parágrafo único ao artigo 310 do CPP, a mais relevante alteração da Lei n.º 6.416/77, traduziu “liberalismo que jamais se alcançara antes”. Antônio Scarance Fernandes<sup>(10)</sup> considera que a inserção do mencionado parágrafo foi determinante “a ponto de ser muito difícil afirmar que existe um sistema lógico a respeito do tema” e, em seguida, observa que “... enquanto a lei não estabelece nenhum outro requisito a ser preenchido para a liberdade provisória sem fiança (art. 310, parágrafo único), para a liberdade provisória com fiança cogita de outros motivos de não cabimento (arts. 323, I, II, III, IV, V e 324, I, II e III)”, levando à incongruência de poder ser o agente liberado sem obrigação outra senão a de comparecimento aos atos do processo, nos crimes com pena mínima superior a dois anos, justamente por não preencher os requisitos para fiança.

Ada Pellegrini Grinover<sup>(11)</sup>, apontando um avanço da lei, observou que “a reforma de 1977, levando ainda em consideração o fato de que o flagrante era, na prática, freqüentemente relaxado pelo Juiz competente, reduz sensivelmente os casos de cabimento da prisão provisória em flagrante delito”.

Disto resulta que atualmente a fiança só subsiste porque em regra o requerimento para sua concessão é de trâmite mais célere que o da liberdade provisória. A lei não prevê expressamente a necessidade de oitiva ministerial, além de ser concedível pela Autoridade Policial nos crimes apenados com detenção<sup>(12)</sup> (I).

#### 5. Importância do instituto da fiança

Idealmente, entendemos que a liberdade provisória com fiança deve subsistir basicamente como mecanismo de afrouxamento da repressão estatal desencadeada

ante a ocorrência de violação da ordem jurídica pelo agente. É sempre após a constatação de que não faz presente a necessidade de manutenção da prisão diante da pouca perspectiva de reiteração da conduta ou o baixo potencial de lesividade social a ela imanente. À maior gravidade da infração devem corresponder mecanismos progressivamente mais severos de condicionamento da manutenção dessa liberdade, desde simples restrições da mesma liberdade até a fixação de garantia pecuniária obrigatória (em valor crescente, de acordo com a gravidade do delito, funcionando como verdadeiro “preço do risco” da ocorrência de nova infração ou da impossibilidade de cumprimento da lei penal...), culminando com a proibição sistemática de liberdade provisória para determinados casos, em que se afigure insuportável o risco social de nova ofensa à ordem pública e da frustração da atividade persecutória penal.

Assim, o instituto visa substituir a incômoda manutenção da prisão provisória decorrente do flagrante, compensando o perigo a que a sociedade é exposta com a soltura, sopesada a gravidade da conduta, com o recolhimento pelo agente de certa quantia pecuniária voltada a mantê-lo adstrito ao processo, sem, contudo, deixar-se de atentar para suas condições econômicas.

#### 6. Obsolescência da fiança

Verificamos, com pesar, que o instituto da fiança, instrumento de combate à criminalidade que é aplicado com tanta eficácia em outros países, justamente porque, no Brasil, ficou submetido a regime jurídico confuso (e, assim, foi objeto do descaso dos aplicadores da lei, notadamente nos últimos quinze anos) vem sendo relegado a um plano inferior nas discussões que se travam acerca da necessidade de modernização do sistema repressivo penal.

O aspecto mais relevante de que se reveste o instituto, que é justamente o de evitar o enclausuramento provisório do indivíduo, com as mazelas imanentes, e ao mesmo tempo mantê-lo adstrito ao processo por laço econômico rígido, não é normalmente enfocado, ao que tudo indica em razão do já mencionado desprestígio que acometeu a fiança, que em razão das contínuas alterações do padrão monetário do País — que dificultaram sua aplicação ou tornaram irrisórias as cifras legais —, quer em razão do advento da Lei n.º 6.416/77, que, na prática, operou sua substituição pelo instituto da liberdade provisória sem fiança, cabível em todos os casos de afiançabilidade.

Antes de tudo, é razoável reconhecer que as variações do padrão monetário efetivamente consistiram de complicador quase invencível ao aplicador da lei penal que desejasse fixar valores de fiança, mormente nas três últimas décadas.

Com efeito, na vigência do Código Penal foi criado o **cruzeiro** (Decreto-lei n.º 4.791, de 5.10.42), e sua centésima parte, o **centavo**. A Lei n.º 4.511, de 1.º.12.64, extinguiu o **centavo**. O Decreto-lei n.º 1, de 13.11.65, criou o **cruzeiro novo**, representando mil vezes o cruzeiro “antigo”, cujo valor equiparou-se a dez vezes o **centavo**, então restaurado (essa moeda passou a valer aos 13.2.67, por força da Resolução n.º 47, de 8.2.67). Em 1970, através de Resolução do Banco Central do Brasil (n.º 144, de 31.3.70), o **cruzeiro novo** teve restaurada sua denominação anterior, de **cruzeiro**, extinguindo-se o **centavo** com a Lei n.º 7.214, de 15.8.84. O famigerado “Plano Cruzado”, através do Dec.-lei n.º 2.284, de 10.3.86, instituiu o **cruzado**, que surgiu com valor equivalente a mil **cruzeiros**. A Lei n.º 7.730 de 31.1.89, instituiu o **cruzado novo**, de valor mil vezes superior ao **cruzado**, ficando



mantido o **centavo**. Novamente foi restaurado o **cruzeiro**, agora pela Lei n.º 8.024, de 12.4.90, desta feita sem alterações de valor.

No que respeita aos índices de atualização monetária, passou a legislação penal a adotá-los ainda na época da ORTN, (Obrigação Reajustável do Tesouro Nacional) — vide, v.g., o artigo 10 da Lei n.º 7.347, de 24.7.85 — e, posteriormente, das OTN e OTNF (Obrigação do Tesouro Nacional e Obrigação do Tesouro Nacional — Fiscal), estas últimas criadas pelo Dec.-lei n.º 2.284/86 e que sucederam a ORTN. Já em 1989, com o advento da Lei n.º 7.730, de 31.1.89, aqueles índices foram extintos, mas logo após, com a Lei n.º 7.784, de 28.6.89, foi criado o BTN (Bônus do Tesouro Nacional), conversível a extinta OTN à razão de 6,92 para cada BTN. Posteriormente, a Lei n.º 7.777, de 19.6.89, criou também o BTNF (Bônus do Tesouro Nacional — Fiscal).

O artigo 3.º da Lei n.º 8.177, de 1.º.3.91, extinguiu, retroativamente a 1.º.2.91, o BTN, o BTNF e MVR (Maior Valor de Referência), criando as TR e TRD (Taxa Referencial de Juros e Taxa Referencial Diária).

Mas não é só. Parece que o emprego mais largo da fiança como mecanismo de combate ao crime no Brasil estaria a esbarrar em postulados de natureza político-religiosa não contraditórios, por exemplo, em sociedades inspiradas por pragmatismo social mais explícito, como a dos EUA. A possibilidade de transação na área criminal e a notória flexibilidade de soltura de agentes de crimes graves mediante garantia pecuniária são traços bem evidentes do enfoque hodierno dessas sociedades na questão do combate à criminalidade.

Acreditamos que o instituto da fiança somente se aperfeiçoaria se se buscasse estabelecer mecanismos para a fixação de algo que se poderia denominar de “valor do risco social”, vale dizer, a garantia patrimonial ou pecuniária condizente com o risco imanente à soltura provisória de indivíduo acusado da prática de crime grave, risco esse que deflui da perspectiva de fuga e impossibilidade de cumprimento da sanção penal cabível. A fixação desse valor atenderia à necessidade de aparelhamento do Estado para a melhor repressão criminal, sopesados os riscos de frustração dessa atividade em particular com as vantagens globais decorrentes da perda da garantia a favor do poder público (admitindo-se que os valores fossem revertidos para melhoria da estrutura policial voltada à localização dos fugitivos, a construção de presídios, etc.).

Em recente trabalho elaborado pela Assessoria do Procurador-Geral de Justiça, cujo conteúdo foi divulgado à classe na forma de “anteprojeto” (em edição dos “Cadernos Informativos” de outubro de 1991 assinada pelo Dr. Hugo Nigro Mazzilli<sup>(13)</sup>), verifica-se a formulação de algumas idéias que merecem reflexão. Ao que tudo indica, basearam-se os autores do trabalho na concepção de que a atividade de persecução penal deve inspirar-se em dinamismo capaz de contrapor-se aos novos desafios da criminalidade ascendente.

Sugere-se, por exemplo, alteração ao artigo 26 do Código de Processo Penal, para incluir a possibilidade de o representante do Ministério Público, nas infrações de menor potencial ofensivo, “acordar com o indiciado e seu advogado a fixação de uma sanção pecuniária, sem qualquer caráter penal, hipótese em que também determinará o arquivamento do caso”, considerando, para a fixação do valor dessa sanção, “as circunstâncias bem como as consequências morais e materiais do evento e as possibilidades econômicas do indiciado e as necessidades da vítima”.

Infelizmente, nada há quanto aos institutos da liberdade provisória com ou sem fiança e, nada obstante haja referência a que, “Para melhor proteção às liberdades individuais... assegurou-se que nenhuma prisão será mantida nem decretada sem prévia oitiva do Ministério Público”, não foi sequer sugerida a correção da omissão legislativa da desnecessidade de prévia oitiva do Ministério Público para a concessão da liberdade provisória mediante fiança<sup>(14)</sup>.

Mas, como já dito, são idéias que revelam interesse de se buscar a implantação de instrumentos de perfil econômico no combate à criminalidade. Entre elas, destaca-se a inovação consistente em poder o órgão ministerial acordar com o indiciado e seu advogado, nas infrações penais “de menor potencial ofensivo”, assim entendidas aquelas a que não seja cominada pena de reclusão, a fixação de uma sanção pecuniária, sem qualquer caráter penal, hipótese em que também determinará o arquivamento do caso (II), sanção essa que será recolhida em Fundo Especial (III) a ser gerido da mesma forma que o fundo previsto no art. 13 da Lei n.º 7.347, de 24.7.85 (IV).

## 7. A afiançabilidade e inafiançabilidade na legislação em vigor

No período que sucedeu a edição da Lei n.º 6.416/77, nada obstante não tenha o legislador atentado para a necessidade de melhor sistematizar a fiança criminal, novos dispositivos penais não deixaram de surgir estabelecendo a inafiançabilidade para determinados crimes, alguns nem sequer aludindo a liberdade provisória do art. 310, parágrafo único (e, assim, em princípio, por não excluir expressamente esse benefício, tornando inócua aquela disposição restritiva).

Assim, v.g., a Lei n.º 7.492, de 16.6.86, que “Define os crimes contra o sistema financeiro nacional”, em seu art. 31, estabeleceu que “o réu não poderá prestar fiança, nem apelar antes de ser recolhido à prisão, ainda que primário e de bons antecedentes, se estiver configurada situação que autoriza a prisão preventiva”; a Lei n.º 7.716, de 21.9.90 (alterada pela Lei n.º 8.081, de 29.9.90), definiu os tipos penais resultantes de preconceitos de raça ou de cor a que alude o inciso XLII do art. 5.º da CF; a Lei n.º 8.072, de 25 de julho de 1990, com seu artigo 2.º, inciso II, tornou inafiançáveis e insusceptíveis de liberdade provisória sem fiança os delitos que relacionou. E, ainda, a Constituição Federal instituiu a inafiançabilidade dos crimes de racismo (v. supra) e a ação de grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado Democrático, remetendo ao legislador ordinário o dever de dispor sobre a inafiançabilidade “da prática de tortura”, o “tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins”, o “terrorismo” e os “crimes hediondos” (artigo 5.º, incisos XLII, XLIII e XLIV).

## 8. Hipóteses em que cabe a fiança

Segundo José Roberto Baraúna<sup>(15)</sup> há três subespécies de liberdade provisória mediante fiança: 1) Infrações inafiançáveis por sua própria natureza; 2) Infrações que se tornam inafiançáveis por causa da situação do agente; e 3) Infrações que se tornam inafiançáveis por causa do entendimento do Juiz.

Embora não nos pareça perfeitamente adequada a nomenclatura sugerida, acatamos quase sem ressalvas os critérios de subdivisão que encerram.

Infrações inafiançáveis por sua própria natureza — Nessa categoria, estariam enquadrados os crimes punidos com reclusão em que a pena mínima é superior a

dois anos. São eles os previstos no Código Penal, nos arts. 121 (os dolosos), 125, 126, parágrafo único, 129, § 3.º, 133, § 2.º, 157, 158, 159, 213 simples ou c.c. 223, 214 simples ou cc. 223, 219 cc. 223, 227 § 2.º cc. 232, 228 § 1.º, 228 § 2.º ou cc. 232, 230 § 1.º, 230 § 2.º cc. 232, 231, 250 **caput** ou cc. 258, 251 **caput** ou cc. 258, 254 ou cc. 258, 257 cc. 258, 260 § 1.º ou cc. 263, 261 (**caput**, cc. 263, 261 § 1.º ou cc. 263, 262 § 1.º cc. 263, 267 (dolosos), 270 **caput** ou cc. 285, 271 **caput** cc. 285, 272 (dolosos) cc. 285 e 289 menos o § 2.º (inciso I do art. 323); as contravenções dos arts. 59 e 60, isto é, vadiagem e mendicância (inciso II do art. 323); os crimes punidos com reclusão, que tenham sido cometidos com violência contra a pessoa ou grave ameaça. São eles, não se considerando os já relacionados supra, os previstos no Código Penal nos arts. 227 § 2.º, 230 § 2.º e 344 (2.ª parte do inciso V do art. 323) (V).

Infrações que se tornam inafiançáveis por causa da situação do agente: 1) Os crimes apenados com reclusão, seja qual for a pena cominada (VI), se o réu já foi anteriormente condenado por crime doloso, em sentença transitada em julgado (VII); 2) Qualquer infração penal, abrangidos os crimes e as contravenções, se houver prova de que o réu é vadio; 3) Qualquer infração penal (idem) se o réu, no processo, já houver quebrado a fiança anteriormente ou violado quaisquer das obrigações a que se refere o artigo 350 (VIII); e 4) Nos casos em que a prisão decorrer de mandado expedido por Juiz Cível ou tratar-se de prisão disciplinar, administrativa ou militar.

Infrações que se tornam inafiançáveis por causa do entendimento do Juiz: — As hipóteses que ensejam a decretação da prisão preventiva.

Em essa última modalidade, segundo entendemos, abrangeria também os crimes punidos com reclusão, quando provoquem clamor público, na medida em que infrações que tais, ensejadoras de comoção social, manifestação de descontentamento exacerbado, indignação geral, afetam diretamente a ordem pública e desautorizam mesmo a concessão da liberdade provisória sem fiança prevista no artigo 310, parágrafo único, do CPP, até sob a justificativa de proteção à pessoa do agente “contra a exasperação do povo”<sup>(16)</sup>.

À classificação acima, com a qual concordamos na essência, há de se incluir outra modalidade, decorrente da constatação da existência de previsão em leis esparsas de inafiançabilidade especial para determinados delitos. Não apenas a recentíssima Lei n.º 8.035, de 27 de abril de 1990, mas também a já citada Lei n.º 7.492, de 16 de junho de 1986 e a Lei n.º 8.072, de 25 de julho de 1990, por exemplo, criaram a inafiançabilidade por expressa disposição legal, que abrangem os crimes a que se referem os incisos XLII, XLIII e XLIV, do artigo 5.º da Constituição Federal e aqueles praticados contra sistema financeiro nacional (a última lei, aliás, criando a impossibilidade absoluta de liberdade provisória, isto é, com ou sem fiança).

## 9. Fiança Criminal — Direito do preso ou faculdade do Juiz?

Ao mesmo tempo que a doutrina constitucional já na vigência da CF de 67/69 reconhecia no respectivo § 12 do art. 153 “um verdadeiro direito subjetivo à fiança, que refoge do âmbito de discricionariedade do Juiz” (conforme o Prof. Manoel Gonçalves Ferreira Filho<sup>(17)</sup> e Weber Martins Batista<sup>(18)</sup>, entre outros) não olvidava a jurisprudência que, em alguns casos, especificamente nas hipóteses dos artigos 310, parágrafo único e 350, do CPP, a aferição da conveniência da liberdade provisória (com ou sem fiança) é outorgada ao Juiz.

Mas, se se considerar que os motivos que autorizam a decretação da prisão preventiva abrangem os do art. 313 do CPP, conquanto não faça a lei remissão a esse dispositivo (IX), torna-se razoável concluir que o Juiz sempre possuiu cognição vinculada aos requisitos objetivos desse artigo, sem prejuízo de ter que bem demonstrar a presença dos requisitos do art. 312.

E isto equivale a dizer que a fiança consiste efetivamente em direito subjetivo do preso, sempre que preenchidos os requisitos legais, resumida a discricionariedade do Juiz na aferição do **quantum** pertinente a cada caso, segundo a gravidade da infração e as condições pessoais de riqueza do agente.

## 10. Recentes alterações da legislação penal e processual penal

O benefício da liberdade provisória aos autores de crimes praticados com violência ou grave ameaça à pessoa vêm sendo crescentemente repugnado pelos aplicadores da lei, em todas as instâncias, não somente porque derivou a sua amplitude de casuismo evidente (referimo-nos à Lei n.º 5.941, de 22.11.73, a famigerada “Lei Fleury”), mas também porque desconforme com o clamor de Justiça que hoje emana forte da população brasileira, vitimada pelo recrudescimento quase incontido da criminalidade violenta.

E justamente porque abundam as decisões nesse sentido, muitas delas invocando a injustiça que a concessão indiscriminada da liberdade provisória encerra, pela equiparação de todos os criminosos independentemente da lesividade social das condutas praticadas, entendemos ser incontestável a afirmação de que existe clima de descontentamento com a atuação da Justiça Criminal.

Com o reconhecimento, pelo STF (X), que “o Juiz, na Interpretação da Legislação Penal, há de encontrar-se atento à realidade dos fatos e ao momento presente, não podendo deixar de considerar a importância de suas decisões na contenção da onda de violência que vem se alastrando de maneira quase incontrolável, alarmando a população e intraquilizando famílias ...”, vemos de modo claríssimo que o fato de prover a quase totalidade dos autores de crimes graves e violentos das classes inferiores, essa triste realidade, no desenrolar da história da Justiça brasileira acabou por gerar verdadeiro preconceito sócio-jurídico contra a pobreza, com base no qual se busca evitar o enclausuramento dos agentes de crimes não violentos, embora gravíssimos (...).

Esse preconceito, aliás, revela-se sem o mínimo disfarce na lida do Judiciário; os advogados sustentando o direito de soltura de seus constituintes por serem eles universitários (é o ensino superior acessível às pessoas e aos jovens das famílias de baixa renda no País?), pelo fato de possuírem emprego certo e de boa remuneração (a estabilidade ou garantia de emprego pode ser exigida dos trabalhadores desqualificados?) ou, ainda, em razão de possuírem residência fixa e laços patrimoniais com o distrito da culpa (o direito à casa própria não é tido ainda como um “sonho” para a grande maioria dos brasileiros? o aluguel não é tão elevado que obriga todos à alteração contínua de residência?); o Poder Judiciário atribuindo relevância extrema a esses requisitos que mais servem para demonstrar o **statu quo** do indivíduo do que indicar a probabilidade de não retorno à delinquência, quando seria justo e correto privilegiar os aspectos subjetivos que envolvem cada caso (...).

É despiendo dizer que esse estado das coisas não é atribuível a um determinado Juiz, a um Advogado, a um Promotor. Trata-se de sintoma verdadeiro e cruel da polarização da riqueza do País, da ineficiência do Estado em garantir os mínimos



direitos e serviços que a ordem jurídica lhe obriga proporcionar, e que já fez despertar a atenção de todo o mundo ocidental, apesar de — e talvez em razão mesmo de — o governo do primeiro Presidente eleito pelo voto direto desde 1960 apregoar que ingressamos já no Primeiro Mundo (...).

Mas, o legislador brasileiro vem de reconhecer que a má utilização, pelo Judiciário, da discricionariedade que a lei lhes atribui no momento de escolha das penas (leia-se aplicação sistemática da pena mínima e extrema flexibilização dos benefícios legais e a liberalização excessiva dos critérios de fixação das penas dos criminosos — não raro às custas de interpretações pragmáticas...) (XI) e concessão dos demais benefícios legais estava a exigir, como compensação, o agravamento da legislação penal.

De efeito, não se pode atribuir a causa diversa a reação do legislador federal, que, então, viu-se obrigado a editar as Leis n.ºs 8.035/90 (proibindo liberdade provisória sem fiança aos agentes de crimes contra a economia popular), 8.137/90 (majorando diversas penas para crimes previstos na Lei n.º 1.521/50, reeditando e tornando mais abrangentes alguns tipos penais nela previstos), 8.072/90 (classificando alguns delitos graves como "hediondos", majorando-lhes as penas — também dos delitos previstos nos arts. 12 e 14 da Lei n.º 6.368/76 — e impedindo a concessão de liberdade provisória — com ou sem fiança — para os respectivos agentes) e n.º 8.069/90 (majorando as penas dos delitos previstos nos arts. 121, 129, 136, 213 e 214, do Código Penal, nas hipóteses em que a vítima é menor de 14 anos).

E essa assertiva é hoje inquestionável. Quis o legislador combater desta forma o recrudescimento da violência urbana, que atemorizava e cerceia a liberdade dos cidadãos honestos e pacatos do País, ceifando vidas, carreiras e sonhos, tornando quase insuperável a vida nas grandes cidades, e que certamente deriva do abrandamento do sistema penal (também decorrente, é verdade, do advento da Lei n.º 6.416/77, de 24 de maio de 1977, que, como já dito, que viabilizou à quase totalidade dos criminosos a obtenção da liberdade provisória após a prática dos mais graves delitos, afetando sobremaneira, pela perspectiva de não enclausuramento, a certeza da aplicação da lei).

## 11. A fiança nos crimes contra a economia popular

Exemplo bastante evidente da preocupação recente do legislador pátrio com o ritmo crescente da criminalidade é o advento da Lei n.º 8.035, de 27 de abril de 1990, que introduziu alterações no art. 325 do Código de Processo Penal, impedindo os autores de crimes contra a economia popular de alcançar o benefício da liberdade provisória sem fiança.

A esses criminosos remanesce como única alternativa pleitear a soltura mediante o pagamento da garantia pecuniária, de acordo com os limites impostos pelos incisos II e III do § 2.º do então alterado artigo de lei.

Todavia, poucos meses após o advento da Lei n.º 8.035, aos 27 de dezembro de 1990, adveio a Lei n.º 8.137, que na esteira dos Planos Econômicos editados no início do governo do primeiro Presidente eleito diretamente pela "Nova República", visando atribuir-lhes eficácia, inseriu novos crimes no ordenamento jurídico, sob os títulos de "CRIMES CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA, CRIMES CONTRA A ORDEM ECONÔMICA e CRIMES CONTRA AS RELAÇÕES DE CONSUMO".

Como não poderia deixar de ser, passou-se a indagar se esses delitos estariam abrangidos pelo § 2.º do art. 325 do Código de Processo Penal, que por força da recentíssima reformulação impõe tratamento diferenciado e mais rigoroso aos violadores dos tipos penais que protegem a economia popular.

A resposta a essa indagação, porém, não encontra maiores percalços, eis que a Lei n.º 8.137/90, nada obstante tenha criado nova nomenclatura jurídica para determinados crimes praticados contra o fisco, nos arts. 4.º a 7.º outra coisa não fez senão criar CRIMES CONTRA A ECONOMIA POPULAR ou reeditar com aperfeiçoamentos alguns já existentes, discriminando-os em subdivisões dessa categoria.

Efetivamente, de uma análise perfunctória dos tipos penais dos arts. 4.º a 7.º da mencionada lei, já se vê que todos eles tutelam o mesmo bem jurídico, isto é, a economia popular, entendida esta como o "complexo de interesses econômicos domésticos, familiares e individuais, embora como *fictio juris*, constituindo in abstracto um patrimônio do povo, isto é, de um indefinido número de indivíduos, na vida em sociedade", no dizer do mestre Elias de Oliveira<sup>(19)</sup>.

Na realidade, como já dito, muitos dos tipos penais desta recentíssima lei revogaram ou aperfeiçoaram tipos análogos já existentes na Lei n.º 1.521, de 1951 (Lei dos crimes contra a economia popular), o que confirma e comprova a assertiva supra. A norma prevista no art. 6.º, inciso I, da Lei n.º 8.137/90, v.g., reproduziu com maior acerto a norma antes encontrada no art. 2.º, VI, primeira parte, da Lei n.º 1.521/51, para acrescentar expressa proibição de violação a preço "fixado por órgão ou entidade governamental" e "estabelecido em regime legal de controle", encerrando a controvérsia sobre a equiparação entre "preço tabelado" e "preço congelado", instaurada quando da edição do primeiro Plano Econômico da década, o famigerado "Plano Cruzado".

Os arts. 5.º, inciso II; 7.º, incisos I, II e III, IV, letra "a", VI e VII e art. 12, inciso III, da Lei n.º 8.137/90, contêm também normas que revogaram total ou parcialmente dispositivos da Lei de Economia Popular, substituindo-os, sempre, por outros equivalentes e de maior alcance.

Não quis, pois, o legislador, restringir a legislação de combate a crime que tais, senão expandi-la e estabelecer reprimendas mais severas em todos os casos.

E isto se conclui facilmente a partir de raciocínio lógico de interpretação, que aqui se torna necessário por não ter o legislador se incumbido, quando da edição da indigitada Lei n.º 8.137/90, de compendiar toda a legislação que versa sobre a matéria, o que, de qualquer modo, se coaduna com o de caráter de urgência derivado de contingências sociais e econômicas que a fizeram eclodir.

O festejado Prof. Damásio Evangelista de Jesus<sup>(20)</sup>, ao discorrer sobre os critérios lógicos de interpretação da lei penal, afirma que "imprescindível é o elemento sistemático. Por intermédio dele se coteja o preceito interpretado com os das outras normas que regulam o mesmo instituto, ou com o conjunto da legislação e mesmo com os princípios gerais do direito. As divisões sistemáticas, os títulos e as rubricas da lei também servem de elementos esclarecedores de sua vontade".

Parece claro, portanto, que se deva considerar como espécies de crimes contra a economia popular os delitos previstos nos arts. 4.º a 7.º da Lei n.º 8.137/90, nada obstante a essa denominação não tenha se referido o legislador (possivelmente para não se sobrepor, mas no intuito mesmo de complementar a Lei n.º 1.521, que permanece com diversos dispositivos intactos).

Na realidade, tal a abundância de leis instituidoras de crimes contra o fisco e relações econômicas específicas nas duas últimas décadas, que já seria oportuno compendialas. Enquanto, porém, isto não ocorre, incumbe à doutrina estabelecer os parâmetros e os critérios diferenciadores de cada espécie.

O primeiro critério diferenciador, como é natural, seria emprestado da ciência a que estão mais intimamente vinculados os tipos penais que combatem condutas lesivas aos interesses econômicos. Esse critério, basilar da Economia, é o que compõe a conceituação de macroeconomia e de microeconomia, o primeiro conceito referindo-se basicamente ao complexo de interesses e relações que se travam entre os organismos disciplinadores da vida econômica e os entes disciplinados, e o segundo, aos interesses e relações específicos mantidos pelos entes disciplinados, entre si (XII).

Assim, na primeira categoria, de **crimes contra a ordem macroeconômica**, se poderia elencar os crimes de sonegação fiscal, os crimes contra os serviços e bens diretamente controlados pelo governo (por exemplo, os previstos na Lei n.º 8.176, de 8.2.91, que coíbe a aquisição de combustíveis em desacordo com as normas exigíveis, a utilização de gás liquefeito de petróleo em motores sem autorização legal, etc.) e os crimes contra sistema financeiro (previstos na Lei n.º 7.492, de 16 de junho de 1986). Na segunda, de **crimes contra a ordem microeconômica**, por sua vez estariam os crimes previstos na Lei n.º 1.521/51, os recém-instituídos "crimes contra as relações de consumo", previstos na Lei n.º 8.078/90 ("Código do Consumidor"), etc.

Tomada como ponto de partida, essa diferenciação orgânica (em gêneros) permitiria maior compreensão dos diversos dispositivos penais existentes e a correta aplicação dos institutos processuais pertinentes a cada um deles, segundo ramos e espécies bem articulados.

Além das infrações previstas na Lei n.º 1.521, de 26.12.51 e na recentíssima Lei n.º 8.137, de 27.12.90, há diversas outras infrações que tutelam a economia popular e o consumidor em leis esparsas. Citamos os arts. 65 e 66 da Lei n.º 4.591, de 16.12.64, que "Dispõe sobre o condomínio em edificações e as incorporações imobiliárias"; o art. 110 do Decreto-lei n.º 73, de 21.11.66, que "Dispõe sobre o Sistema Nacional de Seguros Privados, regula as operações de seguros e resseguros e dá outras providências"; o art. 77 da Lei n.º 6.435, de 15.7.77, que "Dispõe sobre as entidades de previdência privada e dá outras providências"; o art. 1.º da Lei n.º 8.002, de 14.3.90, que "Dispõe sobre a repressão de infrações atentatórias contra os direitos do consumidor"; e os arts. 43 e 44 da Lei n.º 8.245, de 18.10.91, que "Dispõe sobre as locações dos imóveis urbanos e os procedimentos a ela pertinentes".

Mas, reconhecemos, a classificação pretendida, ao menos para fins doutrinários e didáticos, esbarra em questões ainda não resolvidas.

O festejado Prof. Manoel Pedro Pimentel, que foi um dos responsáveis pela formulação do Título XII do "Anteprojeto da Parte Especial do Código Penal" (que nem sequer tramita ainda no Congresso, estando encerrado nos gabinetes do Ministério da Justiça), que se denominou "DOS CRIMES CONTRA A ORDEM ECONÔMICA, FINANCEIRA OU TRIBUTÁRIA", sugerindo que a designação "Direito Econômico" seria a mais abrangente, asseverou ser "útil esclarecer que os delitos de natureza fiscal, os crimes contra a fiscalização do câmbio de moedas, as infrações previstas em leis da Previdência Social podem ser abordados, como o faremos, em estudo subordinado ao tema geral — Direito Penal Econômico — em razão de serem as mesmas as direções mestras de todos eles. Todavia, em análise

mais detida se destacam os objetos da proteção penal especialmente conferida pelo Direito Penal Econômico"<sup>21</sup>.

Antonio Herman V. Benjamin, Presidente do Instituto Brasileiro de Política e Direito do Consumidor, em recente artigo lançado em publicação da entidade<sup>22</sup>, afirmou que "embora o conceito de direito penal econômico não se possa dizer novo, seu estudo aprofundado é recente, mais ainda o movimento pela sua autonomização. (...) Não é fácil identificar, com nitidez, o direito penal econômico, variando sua definição e conteúdo ao sabor do sistema jurídico de cada país e da corrente a que se filie o jurista. Sua noção ora é meramente enumerativa, ora é conceitual (extensiva ou restritiva). Talvez a juventude da disciplina jurídica explique a constatação de que os conceitos de direito penal econômico e de crime econômico (delitos econômicos, business crimes, délits d'affaires e Wirtschaftsdelikte) 'não são claros nem unívocos' (cf. Klaus Tiedemann, Poder Econômico y Delito. Tradução de Amelia Mantilla Villegas, Barcelona, Editorial Ariel, 1985, 9)".

Este autor observa também que o Direito Penal Econômico congrega matérias oriundas do Direito Civil e do Direito Comercial, tendo "nascido como um prolongamento do Direito Administrativo"<sup>23</sup>, mencionando que por delitos econômicos se consideram "não apenas os fatos puníveis dirigidos contra a planificação estatal da economia — entenda-se "macroeconomia" — acrescentamos —, como todo o conjunto de delitos relacionados com a atividade econômica e dirigidos contra as normas estatais que organizam e **protegem a vida econômica** — entenda-se "microeconomia", grifo e acréscimo nosso — (Klaus Tiedemann, ob. cit., pág. 20).

Enfim, busca-se ainda uma classificação adequada para os crimes econômicos, ora tomando-se como critério diferenciador o bem jurídico tutelado (que pode ser concreto ou abstrato), ora tomando-se o sujeito passivo (indivíduo determinado, coletividade determinada, grupo homogêneo ou os componentes da sociedade difusamente considerados), ora ainda o sujeito ativo (com a concepção do "White Collar Crime", isto é, o "Crime do Colarinho Branco").

Para fins da repressão penal (XIII), porém, o que importa é reconhecer que há duas categorias basilares de crimes econômicos, ou seja, aqueles que visam a proteção do consumidor, da economia popular ou das relações de consumo, de um lado, e de outro os interesses econômicos afetos à organização econômico-financeira estatal. E os primeiros, conquanto possam se manifestar sob denominações diversas ("crimes contra a ordem econômica", "crimes contra as relações de consumo" e "crimes contra a economia popular"), afetam a ECONOMIA POPULAR, entendida essa conceituação a partir de raciocínio contraposto à idéia de ECONOMIA ESTATAL, matéria macroeconômica.

Em outras palavras, a invocação do conceito da Economia relativo a macro e microeconomia é quanto basta, a nosso ver, para separar em duas categorias as infrações econômicas, para fins de sujeição à Lei n.º 8.035, de 27 de abril de 1990.

Como corolário, é de se reconhecer que a expressão "crimes contra a economia popular", inserta no supracitado § 2.º, é empregada no mais amplo sentido, ensejando o arbitramento de fiança como substituta da liberdade provisória do art. 310, parágrafo único, do CPP, ante a ocorrência de crimes das diversas espécies praticadas contra a ordem microeconômica.



## 12. A liberdade provisória com fiança na Lei n.º 7.780, de 1989

Uma vez fixado o âmbito de aplicação da Lei n.º 8.035, de 27.4.90, que estabelece impossibilidade de soltura sem a contraprestação pecuniária, surge novo complicador.

Depara-se o aplicador da lei com a dificuldade de apuração do *quantum* adequado a cada situação, o que, a não se considerar critérios mínimos, pode ensejar a frustração da *vocatio legis*.

Em se tratando de inovação legislativa — que, como já se viu, contraria toda a legislação posta, na medida em que impede justamente a liberdade sem fiança, enquanto as leis anteriores sempre silenciaram quanto a possibilidade de aplicação substitutiva do art. 310, parágrafo único, do CPP — impõe-se à autoridade incumbida de conceder a fiança que busque nortear a fixação do valor correspondente com base em dados demonstradores das “condições pessoais de fortuna do réu”, ou indícios reveladores de seu *status quo*, sem prejuízo de, a qualquer tempo, reduzir-se ou majorar-se o valor estabelecido (art. 340 do CPP), para a devida adequação aos limites justos para cada caso.

Para tal mister, deve o Magistrado exigir sempre quantidade mínima de informações que permitam aferir as condições de riqueza do agente criminoso, que servirão de base para o cálculo, sob pena de, em estabelecendo a fiança em limite inferior ao que seria adequado à hipótese ou ainda concedendo automaticamente o benefício previsto no art. 350 do CPP (XIV), frustrar a vontade do legislador, emanada tão recentemente, no sentido de revigorar o instituto da fiança.

Ante tal inovação legislativa, não se pode mesmo aceitar, justamente porque substancia violação da lei posta, a decisão que fixa a fiança em limite aquém do mínimo previsto para a espécie, sem que haja demonstração cabal de que o requerente do benefício faz jus à diminuição desses limites em razão de desafortunada condição pessoal, exceto se notória ou evidente a circunstância (XV). E, conseqüentemente, para demonstração disto, em razão de ser obviamente suspeita a prova ou alegação feita pelo próprio requerente (normalmente declarações de terceiros, sem mínimos indícios de autenticidade), convém exigir-se documentação hábil ou informação de órgão competente, com aferição real da veracidade do *status patrimonial* declarado a partir dos dados aflorados.

Afinal, a edição da Lei n.º 8.035/90 coroou esforço legislativo baseado em necessidade conjuntural urgentíssima de maior repressão às condutas que atentam contra a estabilidade econômica, o que impõe atenção especial dos aplicadores da lei no sentido de implantá-la com o devido rigor no cotidiano. Até porque, vale lembrar, a conjuntura do País não se alterou e o futuro não é nada promissor...

## 13. Parâmetros para o cálculo da fiança

Surge, porém, no momento de fixação dos valores da fiança, dúvida séria sobre o parâmetro a ser adotado para o cálculo, eis que o Bônus do Tesouro Nacional (BTN) — adotado pela Lei n.º 8.035/90 — deu lugar, por força das normas editadas para implantação do PLANO COLLOR II, a outro referencial econômico, a Taxa Referencial, “TR”, que como o antecessor possui valor mensal e valor variável diariamente (“TRD”, Taxa Referencial Diária, semelhante ao “BTNF”) — vide Lei n.º 8.177, de 1.º de março de 1991.

A Lei 8.035/90, que incluiu um segundo parágrafo no art. 325 do CPP, e reenumerou o parágrafo único desse artigo, estabeleceu nos incisos II e III do § 2.º do então alterado artigo de lei os limites de 10.000 a 100.000 vezes o valor do “BTN”, data da prática do ilícito, com redução de nove décimos ou aumento para o décuplo dos limites máximo e mínimo, se a situação econômica do agente o recomendar.

Pois bem. A Lei n.º 7.780, de 22 de junho de 1989 (DOU de 23 de junho de 1989), alterou a base fixa de cálculo dos valores de fiança estabelecidos no art. 325 do Código de Processo Penal, substituindo-o por referencial variável, o Salário Mínimo de Referência (“SMR”).

Logo depois, aos 3 de julho do mesmo ano (DOU de 4 de julho de 1989), adveio a Lei n.º 7.789, que extinguiu o Salário Mínimo de Referência e o Piso Nacional de Salário, revigorando o antigo “Salário Mínimo” (que houvera sido revogado pela lei instituidora dos últimos índices citados).

A Lei n.º 7.843, de 8 de outubro de 1989 (DOU de 9 de outubro de 1989), por sua vez, determinou que os valores expressos em “quantidade de SMR — Salários Mínimos de Referência, na legislação em vigor, ou a ele vinculados”, passassem a ser “calculados em função do Bônus do Tesouro Nacional, à razão de 40 BTN’s para cada SMR” (art. 2.º).

Esta última lei, portanto, de modo claro, instituiu como base de cálculo da fiança criminal o BTN, à razão de 40 para cada SMR, eis que a disposição acima comentada é bem ampla e se refere aos valores expressos em quantidade de SMR “na legislação em vigor”. Aliás, diversas manifestações de doutrinadores pátrios sucederam-se no mesmo sentido, destacando-se artigo publicado no “Estado de S. Paulo” pelo Des. Adriano Marrey<sup>(24)</sup>.

Não resta mesmo dúvida de que o BTN substituiu o referencial anterior (SMR) para fins penais, porque outras leis penais posteriores (Lei n.º 8.002, de 14 de março de 1990, art. 1.º, *caput*, e Lei n.º 8.137, de 27 de dezembro de 1990, arts. 8.º e 9.º, incisos I a III, *v.g.*) adotaram aquele referencial na fixação das penas de multas que criaram, além do que, leis diversas, estabelecedoras de penalidades administrativas, largamente o empregaram (diversas normas protetoras do meio ambiente adotaram o referencial).

Mas, quando parecia que a questão estava assentada, foi editado o novo plano econômico do governo federal que, a pretexto de desindexar a economia, extinguiu com os BTN’s, cujo último valor fixado foi de Cr\$ 126,8261, referente a fevereiro de 1991.

Hoje, portanto, o referencial para cálculo da fiança criminal, da mesma forma que se deu com a unidade monetária nacional no passado, é, em princípio, valor fixo.

Contudo, ousamos afirmar, apenas em princípio.

É que não há razão jurídica relevante para se acreditar que o referencial extinto não possa ter como sucessor a “TR”, Taxa Referencial de Juros, de criação recentíssima, que indubitavelmente emergiu como o sucessor natural do extinto BTN, destinada à atualização monetária de valores de papéis e negócios determinados, ainda que camuflada de remuneração a título de juros.

E isto, por dois motivos principais. O primeiro, de ordem doutrinária, diz respeito à possibilidade de se recorrer à analogia ou à exegese extensiva na aplicação da lei processual penal, cf. ensina Carlos Maximiliano<sup>(25)</sup>, que aqui se manifesta por tratar-se, a fiança, de instituto de Direito Processual Penal; o segundo, de ordem

política, baseado na constatação de que o interesse específico do legislador penal, de revigorar o instituto da fiança com a edição da Lei n.º 7.780/89, não sucumbe ao interesse programático de reestruturação da economia brasileira (que foi o moto principal do último plano econômico), sob pena de permitir-se que o conjunto de normas então editado com finalidade absolutamente dissociada da questão do recrudescimento da criminalidade e da violência no País, possa subtrair efeitos da lei anterior, de vocação mais perene, fazendo voltar ao abandono, à inutilidade, o mecanismo de combate ao crime extremamente eficaz em que se constitui a fiança.

Mas não é só. Se se considerar que leis penais outras, que entraram em vigor em datas próximas à da Lei 8.035/90, estabeleceram solução adequada para a hipótese de extinção do mesmo índice, não há como deixar-se de imputar a mero lapso do legislador a não inserção da indicação de parâmetro futuro para o cálculo, já que não é razoável supor que a omissão foi casuística.

Com efeito. A Lei Complementar n.º 64, de 18.5.90 ("Estabelece ... casos de inelegibilidade, prazos de cessação e determina outras providências"), que criou em seu art. 25 uma modalidade de "Crime Eleitoral", adotou a seguinte regra na fixação da pena correspondente: "... multa de 20 (vinte) a 50 (cinquenta) vezes o valor do Bônus do Tesouro Nacional — BTN e, no caso de sua extinção, de título público que o substitua. De forma semelhante, dispôs o legislador do Código de Defesa do Consumidor (Lei n.º 8.078, de 11.9.90, no art. 79, que "o valor da fiança, nas infrações de que trata este Código, será fixado pelo Juiz, ou pela autoridade que presidir o inquérito, entre 100 (cem) e 200.000 (duzentas mil) vezes o valor do Bônus do Tesouro Nacional — BTN, ou índice equivalente que venha substituí-lo (grifamos).

Na realidade, ao denominar o novo índice econômico de "Taxa Referencial de Juros", o legislador federal, em lance semelhante a outros registrados na história, nada mais fez do que atribuir a um instituto legal denominação errônea e dissimuladora de sua natureza jurídica, visando atingir finalidade específica. O passado recente revela o exemplo da "TRU", instituída sob a máscara de "taxa" e que constituía modalidade de tributo essencialmente diversa. O presente, por sua vez, revela que a "TR" nasceu como instituto indexador, de fato — e não como taxa de juros —, tanto assim que vem sendo empregado pelos diversos segmentos da cadeia econômica como tal, inclusive por entidades governamentais (v.g., no dia 24 de maio de 1991, pouco tempo após a edição do "Plano Collor II", a Superintendência de Seguros Privados — SUSEP, autorizou a aplicação da "TR" mensal aos contratos de seguro; e no dia 29.7.91 o Ministro da Economia anunciou a antecipação da devolução dos cruzados retidos em fevereiro/90 — com correção pela variação da TR mais 8% a.a. de juros para que os reaplicassem espontaneamente...).

Desconhecemos na doutrina argumentação em torno da questão, o que se explica pela recentidade da matéria. Todavia, verificamos posicionamento semelhante, adotado por Rui Stocco<sup>(29)</sup>, segundo o qual, no tocante aos "Crimes contra a Ordem Tributária" (que, conforme esposado retro, não estariam sujeitos ao rigor da Lei n.º 8.035/90), "onde a lei fala em BTN (Bônus do Tesouro Nacional) deve-se entender que se está referindo à nova unidade de referência (UFIR)", que foi criada pela Lei n.º 8.383, de 30.12.91, com o escopo de corrigir valores "relativos a multa e penalidades de qualquer natureza" (art. 1.º).

Alvissareira é a constatação de que a jurisprudência caminha nesse passo, merecendo realce dois Acórdãos Publicados nas RRTT 682 e 683 (agosto e setembro de 1992), que adotaram na íntegra a tese da sucessão dos índices, o primeiro

referindo-se à fiança criminal e o segundo à pena de multa. No HC n.º 117.375-3/1-01-1.ª C. do TJESP — j. 16.3.92, rel. Des. Jarbas Mazzoni, por maioria de votos ficou decidido que "a fiança é instituto de Direito Processual Penal, no âmbito do qual se permite o recurso à analogia ou à exegese extensiva. Posto isso, é de se aplicar como base de cálculo da fiança criminal, a TR. "E, no Ag. n.º 706.061-1-5.ª C. do TACrim-SP — j. 12.2.92, rel. Juiz Ribeiro dos Santos, constou do corpo do Acórdão o seguinte: "Tal como outros planos econômicos, lembre-se Cruzado, o recente, "Collor", fracassou; a inflação está de volta e de forma intensa. E, se no passado, entendeu-se que a BTN substituiu a OTN, igualmente se há de compreender que a denominada TR, embora vestida sobre taxa de juros, é sinônimo avaliativo da perda sofrida pela moeda, vale dizer, medida de atualização, e assim correção monetária. Por consequência, deve o cálculo sofrer a incidência da BTN até fevereiro (data da extinção) e depois a da TR, como anotado no apelo ..."

E, se se argumentar no sentido do descabimento da sucessão dos índices, seja pela ausência de expressa previsão legal (como a que continha a Lei n.º 7.843/89 ...), seja pela prevalência do intento desindexador da última reforma econômica (o que, de forma reflexa, significaria reconhecer na fiança criminal um elemento de fomento da inflação! ...), ainda assim não se purgará o entendimento de que o parâmetro para fixação da fiança de qualquer modo continua existindo, não sendo a extinção dos critérios de variação dos BTNs, motivo impediante de sua fixação, absolutamente.

A fiança sempre deverá ser fixada, nesse caso, a partir do último índice disponível, isto é o valor dos BTNs de fevereiro/91 (Cr\$ 126,8621), estabelecendo-se o valor definitivo com a aplicação dos critérios dos incisos II e III § 2.º do art. 325 do CPP, sem desprezar-se, nesse caso, a indiscutível depreciação da moeda no período, que deve assim ser compensada com a fixação da fiança em elevado número de BTNs (e, superando-se gradativamente o limite mínimo, até que, em data incerta, novamente o instituto retorne ao obsolescência ou, antes, nova lei institua parâmetro diverso para o cálculo, expressamente).

Todavia, entendemos que esta solução não se coaduna com a realidade político-legislativa brasileira, e tampouco encontra guarida nos postulados jurídico-processuais aplicáveis *in casu*, valendo observar, por derradeiro, que os periódicos do País publicam diariamente o valor do último BTN com atualização de acordo com a variação da TR, o que é, sem dúvida, um indicador de fato da sucessão apontada (XVI).

## Bibliografia

- (1) José Roberto Baraúna, Lições de Processo Penal, José Buchatsky Editor, 2.ª Ed., 1979, págs. 166, 167 e 168.
- (2) O Processo Criminal Brasileiro, 2.ª Ed., Vol. 1.º, 1911, n.º 174.
- (3) In Processo Penal Cautelar, Ed. Forense, Rio de Janeiro, 1982, pág. 352, n. 540.
- (4) Artigo publicado na RT 670, pág. 255.
- (5) Romeu Pires de Campos Barros, in Processo Penal Cautelar, págs. 311 e 352.
- (6) V. artigo citado, em que o autor se refere a Romeu Pires de Campos Barros, Processo Penal Cautelar, pág. 228, n. 444, Frederico Marques, Elementos de Direito Processual Penal, págs. 114 e 115 e Hélio Tornaghi, Manual de Processo Penal, pág. 845 e segs.



- (7) *Op. cit.*, Vol. III, págs. 1.068/1.092 e Vol. IV, pág. 1.302.
- (8) Compêndio de Processo Penal, Konfino, Rio de Janeiro, 1967, Vol. III, pág. 1.079.
- (9) Processo Penal, Editora Jalovi, Bauru, Vol. 3.º, 3.ª Ed., pág. 318.
- (10) Artigo publicado na RT 670, pág. 255.
- (11) Ada Pellegrini Grinover, A Nova Lei Processual Penal, 2.ª Ed., Ed. RT, págs. 148/149.
- (12) Romeu Pires de Campos Barros, *op. cit.*, pág. 312.
- (13) Edições APMP, Alterações no Código de Processo Penal, Série — Cadernos Informativos, 1991, pág. 11.
- (14) Antônio Scarance Fernandes, no artigo publicado na RT 670, de agosto de 1991, em nota de n.º 17, observa que “Antes do Código de Processo Penal a fiança, para ser concedida, dependia de prévia manifestação do Ministério Público, como evidência Octaviano Vieira, Fiança Criminal, pág. 46, n. 49”.
- (15) José Roberto Baraúna, Lições de Processo Penal, José Buchatsky Editor, 2.ª Ed., 1979, págs. 167 e 168.
- (16) Cf. Hélio Tornaghi, *op. cit.*, pág. 1.079.
- (17) Comentários à Constituição Brasileira, Ed. Saraiva, S. Paulo, 1977, vol. 3.º, pág. 93.
- (18) Liberdade Provisória, Rio, Forense, 1981, pág. 95.
- (19) Crimes contra a Economia Popular e o Júri Tradicional, Livraria e Editora Freitas Bastos, Rio, 1952, pág. 9.
- (20) Direito Penal, 1.º Vol., Parte Geral, Ed. Saraiva, 8.ª Edição, 1983, pág. 34.
- (21) Manoel Pedro Pimentel, Direito Penal Econômico, Ed. RT, 1973, pág. 21.
- (22) “Direito do Consumidor”, N.º 1, Ed. RT., pág. 105.
- (23) *Op. cit.*, págs. 106/107.
- (24) Artigo publicado no “Estado de S. Paulo” em 26.9.89, pág. 28.
- (25) Em sua obra “Hermenêutica e Aplicação do Direito”, Ed. Forense, pág. 329.
- (26) Em artigo publicado na RT 675, de janeiro de 1992.

## NOTAS

I) Aliás, nada obstante não esteja o Juiz obrigado expressamente por lei a colher manifestação prévia do Ministério Público antes de decidir sobre a concessão ou não da fiança, essa prática, de resto dedutível do sistema do Código de Processo Penal, é largamente observada na lida forense, derivando da similitude dos institutos da fiança e da liberdade provisória sem fiança, o último dos quais, reformulado por lei bem mais recente que a instituidora do CPP, de 1977 (o CPP entrou em vigor em 1941), pressupõe manifestação prévia e obrigatória do órgão ministerial, como condição para que o Juiz decida sobre sua aplicação. A supressão da manifestação ministerial é hoje ocorrência excepcionalíssima no dia-a-dia forense, em que não dá margem a discussões a questão da indispensabilidade da preservação da igualdade entre as partes e do livre exercício do direito de defesa e, *contrario sensu*, do *jus puniendi*. A decisão proferida acerca de questão de suma relevância como a da

concessão de liberdade provisória mediante fiança, nos crimes apenados com detenção ou reclusão, sem que tenha sido concedida ao órgão acusatório a oportunidade de manifestação é, pois, de ser considerada excepcional e contrária à lógica do sistema. Ao que parece, a falta de remissão, pelo legislador de 1977, dessa obrigatoriedade explícita relativamente à fiança, derivou de simples esquecimento. E o assunto assume relevância máxima quando se considera que, no tocante à liberdade provisória, não dissente a jurisprudência quanto a indispensabilidade da exigência legal que, a não ser cumprida, gera nulidade insanável do ato decisório judicial (vide, v.g., o Acórdão proferido nos autos da Correição Parcial n.º 31.140-3, S. Paulo, 2.ª Câmara Criminal do TJESP, proferido em 22.10.84 e publicado na RJTJESP, vol. 91, cuja ementa é a seguinte: “Magistrado que concede ao denunciado liberdade provisória sem ouvir, preliminarmente, o Ministério Público — Decisão Anulada — Pedido deferido”).

II) Segundo a proposta, o controle da conveniência do pedido de arquivamento seria feito pelo Conselho Superior do Ministério Público, em sistema assemelhado ao estabelecido pelo art. 9.º e parágrafos da Lei n.º 7.347, de 24.7.85 — A Lei da Ação Civil Pública.

III) No Estado de São Paulo, o Fundo a que alude o art. 13 da Lei n.º 7.347, de 1985, foi inicialmente regulamentado pelo Decreto Estadual n.º 27.070, de 8.6.87, e posteriormente objeto da Lei Est. n.º 6.536, de 13.11.89.

IV) (alteração sugerida ao art. 26, com a inclusão de três incisos e nove parágrafos em sua redação).

V) Observando-se o equívoco do legislador ao mencionar “punidos com pena privativa de liberdade” eis que não há crime doloso do Código que não seja punido com essa espécie de pena.

VI) É de se observar, aqui, que nada obstante tenha o legislador deixado de remeter ao extinto art. 46, parágrafo único, do Código Penal, que deu lugar, ao art. 64, inciso I, com a Reforma Penal de 1984 (Lei n.º 7.209) o paralelismo obrigatório entre a decretação da prisão preventiva e a inafiançabilidade do crime não autoriza entendimento diverso (v. a respeito, Ada Pellegrini Grinover, *in* A nova Lei Processual Penal, 2.ª Ed., RT, págs. 148/149).

VII) A nosso ver, houve erro de técnica legislativa ao se fazer remissão a esse artigo, pois que se incidisse o art. 350 o agente não poderia ter anteriormente prestado fiança — em razão da pobreza —; o melhor seria fazer remissão direta aos arts. 327 e 328 do CPP, que originariamente contém as obrigações estendidas à hipótese do art. 350.

VIII) No que tange aos Crimes inafiançáveis por sua própria natureza, entendemos que não tratou a lei de estabelecer regra proibitiva em razão da natureza dos crimes, mas simplesmente em atenção a determinados aspectos comuns a certos grupos, isto é, a quantidade de pena abstratamente cominada, a circunstância de terem sido praticados com violência ou grave ameaça à pessoa ou ser o agente vadio ou dado á mendicância. Melhor seria chamar esses grupos de crime de **delitos submetidos à inafiançabilidade objetiva**. Da mesma forma, não prestigiamos a denominação de “Infrações inafiançáveis por causa da situação do agente”, de sentido bastante difuso. Melhor seria denominar a espécie de **infrações submetidas à inafiançabilidade subjetiva**, já que a impossibilidade de concessão, no caso, diz respeito a condições pessoais claramente previstas na lei, afastada a suposição de que a aferição da “situação do agente” incumbiria ao Juiz. Enfim, refutando a denomina-

ção que consagra o “entendimento do Juiz”, que também não nos parece ser a mais adequada, entendemos que seria razoável que a essa terceira modalidade da inafiançabilidade se atribuisse outra: **infrações inafiançáveis em razão do cabimento da prisão preventiva**. É que não cremos que a inafiançabilidade, nessas hipóteses, esteja vinculada exclusivamente ao “entendimento do Juiz, o qual, em que pese deter o poder de fixá-la, deve fazê-lo segundo critérios bem definidos na lei (art. 311 e 312 do Código de Processo Penal).

IX) E, assim, nos parece ter o legislador esquecido de completar a remissão, haja vista que o entendimento contrário levaria à sugestão de que o dispositivo teria alcance quase ilimitado, abrangendo quase todas as infrações penais.

X) No julgamento do RHC n.º 65.501-7, de São Paulo 2.ª Turma, votação unânime, Rel. Min. Aldir Passarinho, DJU de 16.10.87, pág. 22.417. E em inúmeros outros casos semelhantes.

XI) Nada obstante tenha o legislador penal alterado profundamente o sistema de cálculo das penas de multa em data recente — Lei n.º 7.209, de 11.7.84 —, fornecendo ao Juiz limites bem elásticos (vigorando o salário mínimo de Cr\$ 522.186,94 e aplicando-se os arts. 49, §§ 1.º e 2.º e art. 60, § 1.º, tem-se como limites mínimo e máximo para o “dia-multa” os valores de Cr\$ 174.062,31 e Cr\$ 2.610.934,70, redundando nos valores de Cr\$ 1.740.623,10 e Cr\$ 2.819.809.476,00, como mínimo e máximo da pena pecuniária; nem por isso se verifica a fixação de penas de multas sequer próximas do prejuízo provocado pelo agente à vítima), persiste no dia-a-dia forense a prática desconcertante de aplicação da pena de multa mínima, que na quase totalidade dos casos, não ultrapassa cifras irrisórias.

XII) Os dicionários de economia, com algumas variantes, assim diferenciam os dois conceitos, observando, geralmente, que a diferenciação entre os conceitos não é rígida, já que, em última análise, a economia global sempre é erigida às custas de componentes particulares, que são os destinatários de suas manifestações fenomênicas. Segundo Gardner Ackley (in “Teoria Macroeconômica”, Ed. Biblioteca Pioneira de Ciências Sociais, 3.ª ed., 1989, págs. 4 e 5, Tradução de David A. da S. de Carneiro Jr. — Prof. da Universidade Federal do Paraná), “A macroeconomia trata de temas econômicos “em larga escala”. Preocupa-se com as grandes dimensões ou as dimensões totais da vida econômica. Encara a dimensão, a forma e comportamento do “elefante” da experiência econômica, mais do que a função, a articulação e as dimensões das partes componentes individuais. Em outras palavras, a macroeconomia estuda as características da floresta, independentemente das árvores que a compõem; (...); Por outro lado, trata a microeconomia da divisão do produto total entre as indústrias, produtores e firmas e a divisão dos recursos entre usos competitivos; (...); Seu interesse reside nos preços relativos de bens e serviços particulares”. Vide também “Teoria Microeconômica”, de James M. Henderson e Richard E. Quandt, Trad. de Sérgio Goes de Paula, Ed. Biblioteca Pioneira de Ciências Sociais, 1992, pág. 2, “Manual de Economia”, de autoria de “Equipe de Professores da USP”, Ed. Saraiva, 2.ª Ed., 1992, págs. 89 e 90 e “Dicionário de Economia”, de Rupert Rennant Rea & Bil Emmutt, Trad. de José Carlos C. Marques, Edições Sílabo Ltda., 1990, págs. 174 e 185.

XIII) Isto é, de desenvolvimento da atividade persecutória penal *in judicio* e aplicação dos institutos processuais de que ora se trata, sem prejuízo da adoção da classificação desses crimes conforme proposição do Dr. Antonio Herman V. Benjamin (1 — Crimes de Consumo: 1.1. Próprios; 1.1.1. Contra a relação de consumo sanitária — 1.1.2. Contra a relação de consumo econômica — 1.1.3. Mistos:-

Contra, concomitantemente, ambas facetas da relação de consumo; 1.2. Impróprios; 1.2.1 Acidentalmente de consumo — 1.2.2. Reflexamente de consumo) para fins didáticos e de compreensão dos problemas que surgem na tipificação de condutas e no concurso aparente de normas.

XIV. Embora aplicável a todo ordenamento jurídico (leia-se leis penais especiais estabelecidas de requisitos e valores específicos para a fiança), é inconcebível a concessão desavisada do benefício previsto no art. 350 do Código de Processo Penal na medida em que consubstancia afronta direta ao texto da lei adjetiva, já que a vadiagem e a mendicância induzem a inafiançabilidade, por força do que dispõe o art. 323, inciso IV, do CPP, e, em princípio, todo homem saudável tem potencial para a percepção do salário mínimo.

XV. O legislador brasileiro tratou com severidade o indivíduo “vadio” ou que se entrega à “mendicância” (entendidas essas formas de ócio como violadoras da ordem jurídica quando praticadas por quem tem condições para o exercício de atividade lícita remunerada, naturalmente), conforme observa Fernando da Costa Tourinho Filho (*op. cit.*), tanto assim que além de considerar a vadiagem e a mendicância contravenções penais — v. artigos 59 e 60 do Dec.-lei 3.688, de 3.10.41 —, tornou a fiança insusceptível de ser aplicada aos respectivos agentes (v. arts. 323, IV e 408, § 3.º, do CPP) e considerou a vadiagem como motivo ensejador da prisão preventiva.

XVI. Registro agradecimento sincero ao Dr. Cesar Mecchi Morales, Promotor de Justiça da Capital, pelo auxílio prestado na correção do texto e pelas sugestões para seu aperfeiçoamento.